

DOCTRINA

## De garrotes y zanahorias: Derecho penal ambiental y compliance

*Sticks and carrots: Environmental criminal law and compliance*

Rafael Collado González 

*Universitat Pompeu Fabra, España*

Patricio Leyton Flores 

*Universidad de Chile*

**RESUMEN** El derecho penal ambiental se encuentra en camino de ser una realidad en Chile, lo cual ha sido precedido por varios años de discusión en la materia. El presente trabajo busca revisar cómo esta nueva área puede ser abordada desde las lógicas del *compliance* tomando en cuenta la relación del derecho ambiental con la prevención de riesgos. A partir de la decisión preliminar del legislador de promover un proyecto que incluye los delitos ambientales en el listado de delitos corporativos de la Ley 20.393, se revisará la forma que el *compliance* ambiental podría tomar en Chile, considerando la existencia que tienen otros instrumentos y procesos de carácter administrativo.

**PALABRAS CLAVE** Derecho penal ambiental, *compliance*, regulación de segunda generación, principio preventivo, principio precautorio.

**ABSTRACT** Environmental Criminal Law is on its way of being a reality in Chile, legislation that has been preceded by several years of discussion. This paper seeks to review how this new matter can be approached from the logic of compliance, taking into account the original link between environmental law and risk prevention. From the preliminary decision of the legislator to include environmental crimes in the list of corporate crimes under Law 20,393, the path that environmental compliance could take in Chile will be reviewed, considering the existence of other instruments and processes of an administrative nature.

**KEYWORDS** Environmental Criminal Law, compliance, responsive regulation, preventive principle, precautionary principle.

## Introducción

La joven historia de nuestro derecho ambiental no es impedimento para permitir detectar una evolución y ciertas tendencias interesantes de relevar y analizar. Por una parte, ya se vislumbra con claridad una transición de un derecho ambiental preventivo hacia un derecho ambiental en que el principio precautorio toma mayor importancia.<sup>1</sup> No podemos olvidar que mientras el primer principio aparecía establecido como inspirador del mensaje presidencial que acompañó a la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, el segundo ni siquiera fue mencionado.<sup>2</sup> De esta manera, ha sido la jurisprudencia<sup>3</sup> la que ha ido progresivamente reconociendo la importancia de este principio, seguido del legislador en leyes más modernas, como la Ley 20.920, que establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y el Fomento al Reciclaje.

En este contexto, en el año 2010 se dictó la ley que implementa la reforma más importante que haya sufrido nuestra institucionalidad ambiental desde su creación, la Ley 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin embargo, hoy pareciera una vez más existir consenso —del cual participamos— de que llegó el momento de dar otro paso más en la evolución del derecho ambiental, a saber, la criminalización de las conductas más dañinas contra el medio ambiente.

Han sido variadas las iniciativas en las últimas dos décadas que han discutido la necesidad de crear leyes penales ambientales. Si bien es cierto que desde hace mucho que se cuenta con ciertos delitos puntuales en el Código Penal que han sido interpretados por el Ministerio Público como delitos de contaminación, y otros en leyes especiales que pudieran contar como una protección de ciertos recursos naturales, se discute por la doctrina si éstos persiguen una finalidad realmente ambiental y si son los delitos adecuados para nuestro tiempo (Matus, Ramírez y Castillo, 2018).

Este consenso en la necesidad de avanzar a paso firme en esta materia ha generado extensos debates respecto de la naturaleza del delito ambiental, su extensión, tipicidad, sanciones y la responsabilidad penal de la persona jurídica, entre otras.

El objeto de nuestro trabajo no es abordar estos aspectos del derecho penal que dejaremos para otros especialistas, sino resaltar que el derecho penal es una herramienta legislativa de *última ratio*, y en materia de medio ambiente, es solo un medio más para conseguir su protección (Matus, 2004; Hefendhel, 2008; Heine, 1993). Por

---

1. Tampoco se puede obviar que el Sistema de Evaluación Ambiental, como articulador permanente del desarrollo ambiental a través de la armonización y equilibrio entre desarrollo económico, protección ambiental y equidad social, ya se estaba implementando como precautorio en varios proyectos.

2. Mensaje de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley 19.300.

3. *HidroAysén* rol 10.220-2011, 4 de abril de 2012; *Central Río Cuervo*, rol 2463-2012, 11 de mayo de 2012; *Central Castilla*, rol 1.960-2012, 28 de agosto de 2012; entre muchos otros.

ello, no nos haremos cargo de la discusión sobre si el derecho penal es un medio idóneo de protección del medio ambiente. En palabras simples, este trabajo asume que el derecho del medio ambiente se criminalizará, y por tanto nuestros esfuerzos estarán destinados a mostrar la ventaja de adoptar una estrategia de regulación fundada en la prevención.

No desconocemos la importancia del elemento punitivo del derecho penal, pues sanciones demasiado bajas no alteran el comportamiento de las personas naturales a cargo de los procesos riesgosos para el medio ambiente, pero tampoco lo harán sanciones demasiado altas que serán fuertemente litigadas, por lo que el delito perderá su efecto disuasivo (Becker, 1968: 169-212).

Sin embargo, este trabajo analizará cómo podrían operar los fines preventivos de la pena, a saber, el fin de prevención especial, como el general, en un derecho penal ambiental, aunque no desde una perspectiva exclusivamente sancionadora, sino más bien cómo estos fines preventivos también suponen una guía de comportamiento. Frente al garrote que supone la amenaza de una pena, analizaremos la zanahoria que supondría la creación de programas de *compliance* en tanto instrumento preventivo y de modelamiento del comportamiento empresarial.

## **El derecho ambiental es esencialmente prevención**

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho a vivir en un medio ambiente sano o incluso la misma concepción del desarrollo sustentable, es por definición un derecho orientado a la prevención. En este sentido, ya desde la simple máxima «más vale prevenir que lamentar», hasta las más diversas manifestaciones de los principios preventivos y precautorios, el derecho ambiental regula las actividades que desarrolla el ser humano con el propósito de evitar que éstas afecten el entorno que le permite desplegar sus potencialidades y desarrollarse en su máxima expresión.

Es en este marco que nuestro ordenamiento jurídico ha implementado diversos instrumentos regulatorios con el propósito de precaver la generación de efectos ambientales. Desde las normas de calidad y emisión, pasando por los planes de prevención y descontaminación, mecanismos de compensación de emisiones, hasta el sistema de evaluación de impacto ambiental, estos instrumentos son una manifestación de los principios preventivo y precautorio en distintos niveles y aspectos.

En consecuencia, revisaremos la conceptualización de estos instrumentos para comprender de mejor manera cómo se debería insertar el *compliance* ambiental en nuestro ordenamiento jurídico.

## Alternativas regulatorias

Desde la mirada regulatoria, existen diversas opciones para enfrentar un problema dependiendo del rol que ejerce el Estado para determinar las reglas, sus objetivos, su implementación o incluso la fiscalización del instrumento en cuestión. Por una parte, se encuentra la estrategia normativa, en que los objetivos perseguidos y el formato de fiscalización son determinados por completo por el Estado. En segundo lugar, también se utilizan instrumentos como los permisos transables, en los que el Estado establece el sistema, objetivos y la fiscalización, pero la ejecución queda en manos de los privados, que son quienes al final determinan la forma de implementar las reducciones en las emisiones para luego comercializarla en el mercado. Por último, se utiliza la autorregulación, en que el Estado no tiene rol alguno y son los privados los que definen reglas, objetivos, procedimientos y fiscalización.

Estas tres estrategias ponderan variables como la eficacia, credibilidad y eficiencia de distinta manera. Por ejemplo, mientras las normas son consideradas eficaces y creíbles, no son particularmente eficientes, pues los destinatarios de la norma no tienen incentivo alguno, salvo evitar la sanción, para su cumplimiento. En el otro extremo, la correcta autorregulación es eficiente y eficaz pero no muy creíble, pues entrega el estándar normativo a la exclusiva voluntad del regulado.

En este contexto, los programas de cumplimiento surgen como una estrategia intermedia (*enforced self-regulation*) que se asemeja a la autorregulación, pero con matices tan importantes a nivel legal que generan un cambio importante: lo determinante no es la obtención de beneficios económicos en el mercado, sino la obtención de una potencial limitación de responsabilidad o incluso exención de ésta (Braithwaite, 1982).

De esta manera, el programa de cumplimiento —que no debe ser confundido con el plan de cumplimiento— consiste en un nuevo instrumento dentro de este arsenal de estrategias públicas de prevención, mediante el cual el regulador incentiva la creación de mecanismos que refuercen los principios preventivo y precautorio que, como veremos, son esenciales para nuestro derecho ambiental.

## Principio precautorio y principio preventivo

Nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente establece de manera expresa en su mensaje que se encuentra inspirada en principio de la prevención, pues busca evitar impactos y daños ambientales. Entendemos como *principio preventivo* el enfoque legislativo que busca evitar daños futuros ciertos, conocidos y medibles (Banfi del Río, 2019: 643-667). Sin embargo, con el tiempo algunas normas, como la Ley 20.657 que modifica la ley de pesca, han comenzado a utilizar un enfoque distinto, que busca evitar que los riesgos ambientales se materialicen anticipando las estrategias a esta-

dios previos a la certeza científica o medible, mediante la aplicación del denominado *principio precautorio* (Gundling, 1990; Vera, 1994). También ha sido numerosa la jurisprudencia que ha recurrido a dicho principio para fundar sus decisiones.

Por otra parte, nuestra Ley de Bases, como cualquier normativa ambiental, se encuentra cargada de numerosos conceptos indeterminados cuyo contenido poco a poco han sido completados de manera más bien precautoria, en particular en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Banfi del Río, 2019; Radovich, 2018).

Esto nos permite concluir sin duda que, si bien nuestra Ley de Bases no reconoce expresamente el principio precautorio como uno de sus principios inspiradores, nuestra legislación ambiental en su contexto lo hace, de manera que ambos sean los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico (Banfi del Río, 2019: 651). Ahora bien, como bien indica Banfi del Río (2019: 655-661), a diferencia del principio preventivo, que permite procesar correctamente la responsabilidad civil ambiental, el principio precautorio, dado el estadio tan previo en que funciona, no puede operar como criterio de imputación de responsabilidad por un hecho concreto. Sin embargo, el principio precautorio tiene un campo propio de actuación en materia ambiental, pues sirve como fundamento para los análisis de riesgo que son propios de los programas de cumplimiento.

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es el instrumento de gestión ambiental más exitoso de nuestro derecho ambiental. Se han dado muchas razones para dicho éxito, pero sin duda es relevante el hecho de que el impulso de obtener la licencia ambiental corresponde a los privados, de manera que quien quiera desarrollar alguno de los proyectos listados en el artículo 10 debe necesariamente ingresar a dicho sistema. Así, el Estado debe responder a este impulso a través del establecimiento de las reglas concretas y específicas que van a regular el desarrollo del proyecto en cuestión a través de la autorización de funcionamiento que conlleva la Resolución de Calificación Ambiental.

Sin embargo, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental presenta ciertas características relevantes para el análisis que proponemos seguir en el contexto de los programas de cumplimiento. Primero, el interés del privado para desarrollar sus proyectos de manera que deba por necesidad interactuar con el Estado para obtener un permiso para sus actividades. En segundo lugar, la incapacidad del Estado para regular y fiscalizar todas y cada una de las actividades lo lleva delegar en los privados la preparación de los instrumentos de evaluación, ya sea Declaración o Estudios de Impacto Ambiental, que son revisados por los organismos del Estado con competencia ambiental. Por último, este sistema mixto debe generar credibilidad, eficiencia y eficacia, aspectos que han sido criticados por parte de los actores relevantes (entiéndase por éstos a los titulares de los proyectos, comunidades o incluso las autoridades).

Es en esta dirección que apuntan los programas de cumplimiento, pues, al tener estructuralmente incluida una mirada desde los riesgos, tienen como objetivo

—como una manifestación de la autorregulación regulada— internalizar las obligaciones legales, reglamentarias y de cualquier origen, con un enfoque más precautorio.

## Nuevo sistema de sanciones ambientales

Tradicionalmente se ha sostenido que nuestro Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental funciona y ha funcionado bien, sin perjuicio de que siempre es necesario actualizarlo y perfeccionarlo. Sin embargo, era evidente la diferencia en recursos asignados a la fiscalización que el mismo organismo evaluador implementaba a través del Comité Orgánico de Fiscalización. Problemas de captura, procedimiento judicial engorroso, falta de sanciones o bien multas demasiado bajas hacían que dicho sistema simplemente no cumpliera objetivo de prevención especial ni general alguno. De esta manera, el consenso respecto de crear una nueva institucionalidad sancionadora fue relativamente amplio en la reforma del año 2010, que llevara a superar las estrategias de primera generación por otras como la autorregulación regulada, conocidas como *estrategias de segunda generación*.

Este sistema se construye sobre la base de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) como organismo fiscalizador que desarrolla dichas actividades de manera directa o bien delegada. Desde la perspectiva de las infracciones, éstas se dividen en tres categorías según el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente: gravísimas, graves y leves. Asimismo, las sanciones pueden ser revocación, clausura, multas y amonestaciones según el artículo 40 de la misma ley.

A pesar de la aplicación de sanciones sustancialmente mayores a las implementadas en el régimen antiguo, tras casi cinco años de funcionamiento pareciera necesario hacer una actualización del régimen de sanciones desde la perspectiva penal, según se desarrollará más abajo.

## El derecho penal ambiental

Revisar la historia de la regulación penal de los actos dañosos contra el medio ambiente, centrando nuestros esfuerzos en mostrar los grandes esquemas regulatorios que se han seguido al respecto, permite delinear con más claridad los que, a nuestro juicio, deben ser los principios inspiradores de la creación, interpretación y aplicación de los tipos penales ambientales que deben ser incluidos en cualquier proyecto de ley que pretenda crear los delitos ambientales. Esta revisión, a la luz de la legislación aún en calidad de proyección, resultará un aporte para actualizar la discusión doctrinal histórica en esta materia, justo en un momento crucial para el derecho ambiental chileno.

La actualización del contenido de los principios que rigen al derecho penal ambiental resulta necesaria, pues la legislación base sobre la que se quiere aplicar la

nueva legislación —como ya mostramos— fue radicalmente modificada, hasta crear un sistema de fiscalización público de la operación de los proyectos con impactos ambientales. La creación de la Superintendencia del Medio Ambiente impone una mirada renovada de la propuesta de criminalización en discusión actual ante el Congreso, pues de lo contrario se corre el riesgo de aplicar principios y preconceptos fundados en el sistema existente cuando solo se encontraba vigente la Ley 19.300, lo que desaprovecharía los avances tanto dogmáticos como prácticos surgidos en el último tiempo.<sup>4</sup>

Resaltaremos, al hacer este trabajo de actualización, el aporte dogmático que han significado las teorías de la regulación de segunda generación (Stewart, 2001; Esteve Pardo, 2015), que, utilizando la técnica de la autorregulación regulada, crean incentivos para que las empresas cumplan de manera voluntaria con la legislación, mediante sistemas internos de prevención de riesgos que les permiten operar dentro de la zona de riesgo permitido. Veremos que esta dogmática plantea como óptima la suma de estrategias que reúnan sistemas de fiscalización pública centrados en la aplicación de sanciones (*command and control*), llevada a cabo en el caso chileno especialmente por la Superintendencia del Medio Ambiente, con estrategias de autorregulación (Braithwaite, 1982) y la creación de normas penales para los casos más graves, resulta el mejor método para crear lo que algunos autores han denominado como la *benign big gun* (Ayres y Braithwaite, 1992).<sup>5</sup> Este concepto busca definir el poder que deter-

---

4. Muchas de las críticas mencionadas en 2008 por Bascuñán Rodríguez (2008: 15) en relación con la dificultad que presentaba proponer un derecho penal del medio ambiente prescindiendo de un aparato institucional sancionador poderoso; o respecto de la ausencia de controles preventivos para las empresas peligrosas (Bascuñán Rodríguez, 2008: 66), entendemos que ya han sido superadas. Por su parte, creemos que muchos de los consejos que señaló Hefendehl (2008) sobre cómo debe procederse al momento de tomar la decisión de criminalizar el derecho del medio ambiente fueron recogidos en esta nueva legislación. El autor alemán indicó en este trabajo que al momento de criminalizar se debía tener en cuenta: i) el valor autónomo del medio ambiente por sobre los intereses individuales a los que sirve, y que justifica en esta sede, de mejor manera que en otras, la tipificación de delitos de peligro; ii) la necesaria accesoriadad del derecho penal ambiental respecto de la aplicación preferente del derecho administrativo; iii) la necesidad de sancionar en forma eficaz a los titulares de los proyectos que causan impactos, imponiendo penas y multas a los controladores (dominadores de los hechos) de los cursos riesgosos y a las propias empresas; iv) la necesidad de diversificar el tipo de persecución, para evitar el derecho penal simbólico en esta materia. Nos parece que la Ley 20.417, al establecer un sistema administrativo de sanciones a las empresas titulares de los proyectos, que permite dentro de éste la creación de controles preventivos específicos para cada empresa, supone el acogimiento de gran parte de estas recomendaciones. Veremos que la criminalización acompañada de un sistema de *compliance* para las empresas titulares de los proyectos podría dar cumplimiento a todas estas sugerencias.

5. Los autores grafican las diferentes estrategias de regulación que pueden intentarse para la maximización de los esfuerzos de adecuación del comportamiento del regulado. En la pirámide (figura 2.3, p. 39), los autores colocan en la parte inferior de las estrategias regulatorias la autorregulación, poniendo encima de ésta la estrategia de la autorregulación regulada, para luego pasar a estrategias de regulación

minadas agencias estatales poseen cuando tienen a su alcance potenciales sanciones muy altas, pero que aplican de manera muy esporádica, por existir una variedad de sistemas regulatorios paralelos con estrategias de control de menor poder de fuego. En este esquema, la imposición de sanciones penales a personas jurídicas para los casos más graves, destinadas a reforzar el compromiso de los titulares de proyectos con el cumplimiento de la normativa ambiental, supone el reforzamiento de las estrategias de autorregulación. Como indican Ayres y Braithwaite (1992: 40): «Mientras más grande el garrote, menor es el uso que se le da» («The bigger the sticks, the less they use them»).

A los esfuerzos de prevención fundados en los sistemas regulatorios de segunda generación que descansan en la implementación de medidas de control, ya sea de forma completamente voluntaria o bien porque existen normas que incentivan su creación, los reuniremos bajo el concepto de *compliance*, entendida esta palabra como el resumen de todas estas actividades. Veremos que estos esfuerzos, que hasta hoy son claramente perceptibles respecto de ciertas familias de delitos e infracciones administrativas, como los delitos de corrupción o las infracciones a las normas de la competencia, pueden también ser utilizados, sin modificaciones relevantes, para prevenir las infracciones y delitos de carácter ambiental.

## Enfoques del derecho comparado al momento de criminalizar las afectaciones al medio ambiente

En el derecho comparado, las normas consideradas como impulsoras del derecho penal ambiental pueden rastrearse hasta la década de los cincuenta, momento en que comenzaron a proliferar convenciones internacionales que exigían a los Estados firmantes proteger algún componente del ambiente (agua, aire o tierra), algún elemento central de éste (por ejemplo, los cetáceos) o prevenir su afectación por medios catastróficos (derrames de hidrocarburos o armas de destrucción masiva) (Matus y otros, 2003: 11-57; Matus, Ramírez y Castillo, 2018: 771-835; Bascuñán Rodríguez, 2008: 17).

A partir de esta presión internacional, que exigía a los Estados firmantes la promulgación de leyes eficaces para proteger el medio ambiente, como podría ser el Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; o bien

---

mediante la imposición de sanciones de aplicación discrecional, y terminar con estrategias de imposición de sanciones de imposición no discrecional. En esta parte superior de la pirámide se encontraría el derecho penal del medio ambiente para personas jurídicas. El derecho penal del medio ambiente, aplicado a personas naturales, queda fuera de estas estrategias, porque los autores consideran que, a este nivel, la amenaza de pena se presenta como un telón de fondo que persuade a los ciudadanos de incurrir en comportamientos moralmente reprochables. Si bien la pena es el arma más grande de todas, su nivel de persuasión del comportamiento humano funciona de un modo diferente que las sanciones a las personas jurídicas.

el establecimiento de sanciones por las violaciones de sus normas que debían ser lo suficientemente severas para evitar que se incurra en ellas, cualquiera sea el lugar en que ocurran, como el artículo 3.1.a).ix de la Convención sobre la Conservación y Ordenamiento de los Recursos Pesqueros en Alta Mar en el Océano Pacífico Sur, es que varios países comenzaron de a poco regular delitos contra el medio ambiente.

Alemania, por ejemplo, tipificó por primera vez un delito contra el medio ambiente en 1980. El sistema alemán actual protege los componentes ambientales tipificando el delito de contaminación de aguas como el prototípico del sistema, e incorpora delitos contra el aire, el suelo, por ruidos, vertidos y manejo indebido de sustancias peligrosas, así como sus principales formas de manifestación, como los animales y vegetales (Hefendehl, 2008: 6-14).

España, ya desde el Código Penal de 1995, y en particular con las reformas del 2010, sigue el mismo camino, que incluye además algunos delitos adicionales relacionados con la sanción al funcionario público que concediera una licencia incumpliendo sus deberes de revisión exhaustiva previo a la autorización de funcionamiento de una fuente emisora, o bien, sus labores de fiscalización (artículo 329); y una regla de imposición de pena para las personas jurídicas (artículo 328) (Silva Sánchez y Montaner Fernández, 2012). La reforma al Código Penal del 2015, por la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo,<sup>6</sup> reforzó esta tendencia.

A partir de esta estructura, la doctrina de ambos países ha considerado que su regulación penal ambiental reúne ciertas características que apuntamos a continuación. El objetivo del análisis que sigue será remarcar cómo estos países, que ya cuentan con delitos ambientales, entienden la forma en que debería operar cualquier sistema razonable de delitos ambientales.

Lo primero que destaca la doctrina es la problemática en torno al bien jurídico protegido en temas ambientales (Silva Sánchez, 1997: parte 1, 1-5; Hefendehl, 2008: 7).<sup>7</sup> Asumiendo la dificultad que supone proteger la totalidad del medio ambiente, ciertos legisladores han optado por criminalizar la afectación de algunos de sus componentes, con un acento más o menos marcado hacia el ecocentrismo. En general, la opción adoptada por Alemania, España y también Estados Unidos es la de tipificar atentados contra los medios del ambiente, agravando la pena en caso de que este atentado pudiera poner en peligro la salud de humanos, animales o plantas. Entiende la doctrina de estos países que el bien jurídico debe protegerse cuando estemos frente a una afectación, pero que ésta, por su parte, no necesariamente debe suponer la lesión de un interés personal, sino que puede bastar con que cause un peligro para

---

6. Boletín Oficial del Estado (España) 77, 31 de marzo de 2015, pp. 27.061-27.176, disponible en <https://bit.ly/2AdFCHN>.

7. En relación con la regulación española, el comentario de Jesús-María Silva Sánchez es previo a la reforma de 2010, pero atinente.

estos intereses (visión ecocéntrica frente a visión antropocéntrica) (Silva Sánchez, 1997: parte 1, 3). Es aquí, cuando la doctrina se divide en torno a la legitimidad de operar con niveles de peligro tan abstractos en relación con una afectación real al medio ambiente, que nos encontremos ante un caso de delito de acumulación (Silva Sánchez, 2011: 143-150).<sup>8</sup>

Llama la atención el vínculo que puede hacerse entre los delitos de acumulación y el principio precautorio. La protección anticipada de bienes jurídicos que suponen los delitos de acumulación es una aplicación del principio precautorio en materia penal, en el sentido de que la protección penal de ciertos estados de cosas se adelanta a estados de peligro abstracto o incluso estadios de afectación probable, utilizando el mismo enfoque que propone el principio precautorio para las medidas ambientales. Como conclusión preliminar, podemos plantear que el *compliance*, por las mismas razones que funciona mejor con un enfoque precautorio que con un enfoque preventivo, también funciona mejor generando controles para los delitos de acumulación, pues las medidas a implementar no requieren del manejo de un resultado determinado, sino tan solo previniendo la conducta descrita en el tipo penal.

La posibilidad de encontrarnos ante un delito de acumulación se aleja si consideramos la tipificación a partir de los medios concretos de manifestación del ambiente, y en su regulación se establecen vínculos con peligros para la salud de los humanos. Afectar el agua es una conducta que puede tener una concreción mayor que causar un daño grave al medio ambiente, figura que, como veremos, es una de las propuestas de regulación contenida en una de las versiones que ha tenido el proyecto de ley de delitos ambientales.<sup>9</sup>

El otro aspecto que destacan los autores que hablan a partir de un derecho penal ambiental ya legislado, es la necesidad estructural de comprender esta familia de delitos como dependiente y accesoria respecto del derecho administrativo a cargo de la regulación de las medidas preventivas del medio ambiente (Heine, 1993; Hefendehl, 2008: 17; Bascañán Rodríguez, 2008: 64; Letelier Wartnerberg, 2017: 671). Así, muchas de las normas penales en Alemania y España contienen elementos normativos de la tipicidad relativos al incumplimiento de las autorizaciones o licencias administrativas que permitían la conducta hasta ciertos niveles de emisión. Dicho de otro modo, los delitos medioambientales se presentan necesariamente como un refuerzo

---

8. Se sigue en este aporte la definición de delitos de acumulación propuesta por Jesús-María Silva Sánchez (2011), que entiende que estos delitos tipifican conductas que consideradas en forma individual no afectan el bien jurídico que protegen, pero dado que, si dejáramos que esas conductas se cometieran de manera reiterada, el efecto acumulativo supondría una afectación de tal magnitud, que es preferible actuar en este estadio previo, de peligro abstracto.

9. El proyecto de ley de delitos ambientales reúne los Boletines 5614-12, 8920-07, 9367-12, 11.482-07, 12121-12 y 12398-12.

que opera cuando se superan los umbrales establecidos por la legislación ambiental, pues todo este cuerpo de normas funciona a nivel de la teoría del delito como una negación de la tipicidad, en concreto, de la tipicidad objetiva conocida como «actuación dentro del riesgo permitido».

Las dos estrategias de criminalización antes reseñadas pueden describirse bajo un solo criterio analítico: el nivel de derivación de la norma penal a normas administrativas. Dicho de otro modo, se pueden clasificar los sistemas de tipificación del medio ambiente dependiendo de qué tan «en blanco» son sus leyes penales (Bascuñán Rodríguez, 2008: 26; Heine, 1993: 61 y ss.). Sistemas como el americano y en algún punto el español, establecen delitos cuya conducta está descrita por completo por normas extrapenales de carácter administrativo, en especial cuando crean delitos de desobediencia contra la autoridad. Estos sistemas son dependientes de la regulación administrativa y propenden, por tanto, a sancionar conforme al sistema de los delitos de acumulación. El medio ambiente, en tanto bien jurídico, es protegido al nivel de peligro abstracto; en el extremo, este entendimiento crea delitos que protegen al sistema administrativo que regula el medio ambiente (Silva Sánchez, 1997: parte 2, 2).

Por contraste, existen sistemas que pueden ser catalogados como totalmente independientes del derecho administrativo, y en ellos no existen leyes penales en blanco. Este es el caso del delito de contaminación de aguas descrito en el parágrafo 324 del Código Penal alemán. Por último, existen delitos que califican como leyes penales en blanco impropias,<sup>10</sup> pues la conducta es descrita en plenitud en la norma penal, por lo que queda reservada a la norma administrativa —de carácter legal— en forma exclusiva la regulación del complemento necesario para afirmar la tipicidad, ya sea por establecer el límite inferior del riesgo protegido por la norma, o bien, definir alguno de los elementos normativos del tipo. Este es el caso de la gran mayoría de los delitos tipificados en Alemania y España, que afirman la tipicidad exclusivamente cuando se infrinja la normativa ambiental. Estos delitos rehúyen, al exigir la constatación de una afectación grave, del carácter formal y abstracto que define a los delitos de acumulación.

Esta accesoriadad administrativa puede ser vista desde un punto de vista tanto material como orgánico. Desde el punto de vista material, el tipo penal medioambiental nace a partir de la superación de los estándares dados por el derecho administrativo para las emisiones contaminantes permitidas. En un sentido orgánico, el derecho penal ambiental solo debe ser utilizado —de carácter accesorio— cuando los medios del derecho administrativo hayan demostrado su ineficacia.

Por último, incluso con claras diferencias entre el derecho americano y español en relación con el derecho alemán, el derecho penal ambiental de estos países refuerza el cumplimiento de las normas ambientales mediante la imposición de sanciones a

---

10. Por contraste, las leyes en blanco propias son aquéllas que derivan a regulaciones de rango inferior al legal, la descripción típica de la conducta o los elementos esenciales de la tipicidad.

las personas jurídicas. En España y Estados Unidos este refuerzo es de carácter penal, mientras que en Alemania es solo de carácter administrativo, a través de la OWiG.<sup>11</sup>

### Necesaria actualización del contenido de los principios que sustentan el derecho penal ambiental

A la luz de la discusión comentada y los principios que de ella han emanado, pareciera sensato actualizar esta discusión, de modo que éstos sean aplicados tomando en cuenta los desarrollos recientes de la legislación ambiental en Chile. Lo anterior se debe a que discutir sobre el mejor derecho penal para reforzar la legislación ambiental original contenida en la Ley 19.300 no tiene el mismo sentido a la luz de los avances en materia de fiscalización administrativa que supuso la Ley 20.417, y la irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la Ley 20.393 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas tres variables, a nuestro juicio, obligan a revisar los principios reseñados *supra* con el objetivo de actualizar la discusión en torno a cómo éstos deben ser entendidos.

Para efectos analíticos, decidimos seleccionar de todos los principios regulatorios del derecho penal ambiental, los tres que nos parecieron principales: i) la accesoriidad administrativa de derecho penal ambiental; ii) la exclusiva protección de bienes jurídicos del derecho penal ambiental; y iii) la necesidad de crear un sistema de prevención en las fuentes emisoras, en atención a las graves consecuencias que suponía regular de manera exclusiva las lesiones al medio ambiente.

#### *La accesoriidad del derecho penal ambiental frente a regulaciones de segunda generación*

La accesoriidad del derecho penal ambiental respecto de la regulación administrativa resulta una evidencia incontrarrestable. La razón principal es el carácter de derecho administrativo que tiene el derecho del medio ambiente. El derecho del medio ambiente existe y se desarrolla como derecho administrativo, ya sea a nivel nacional como global. En este sentido, el derecho ambiental solo existe como regulación administrativa, y por tanto cualquier norma penal que quiera crearse en este ámbito reforzará necesariamente una norma administrativa. Esta realidad, sin embargo, no supone la misma relación entre derecho penal y derecho administrativo, que la doctrina nacional discutió antes de la Ley 20.417 (Matus y otros, 2003: 33).<sup>12</sup>

---

11. La *Ordnungswidrigkeiten Gesetz* es la ley alemana que regula la responsabilidad administrativo-sancionadora de las personas jurídicas. La existencia y vigencia de esta norma, sumada a la reticencia de la doctrina alemana a la posibilidad de culpabilidad de las empresas, es una de las razones principales de la inexistencia de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en este país.

12. En 2003, Jean Pierre Matus y otros criticaban la legislación chilena por su insuficiencia. Muchas

Al modificarse la regulación ambiental para crear un sistema con mayor autonomía, basado en una superintendencia cuya actuación puede ser revisada por un tribunal especial, la decisión sobre los comportamientos prohibidos y permitidos comenzó a ser de algún modo menos política y más técnica. Si bien el sistema de evaluación de proyectos mantiene un fuerte componente político, en lo que se refiere a la fiscalización y determinación para los regulados de las conductas permitidas y prohibidas al momento de otorgar las resoluciones de calificación ambiental, la fiscalización durante la operación de los proyectos se estructura a partir de criterios legales. Este cambio implicó una reinención del derecho del medio ambiente sancionatorio chileno. A partir de la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente, y la posibilidad, por ejemplo, de acordar suspensiones del proceso, se incorporaron elementos regulatorios de segunda generación —diferentes de las estrategias de *command and control*—, que reconocen mayor importancia al cumplimiento voluntario del derecho por parte de los regulados, y la relevancia que tienen los privados en la autodeterminación de las zonas de riesgo permitido (Esteve, 2015: 69).

Esta configuración, como veremos *infra*, apoya fuertemente las lógicas preventivas del *compliance* ambiental que pretende incentivarse en el proyecto de ley de delitos ambientales.

### *Exclusiva protección de bienes jurídicos, como medio para diferenciar el derecho penal ambiental de su variante administrativo-sancionadora*

Relacionado con lo anterior, un derecho penal del medio ambiente, asumiendo su carácter accesorio en un sentido material —y ya no en un sentido orgánico—, para ser penal, necesariamente debe limitarse a la protección de bienes jurídicos respecto de los ataques más graves contra ellos. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, o mejor, el principio de lesividad supone una barrera importante para que el derecho penal del medio ambiente no se superponga a los esfuerzos administrativos e internacionales que actualmente se llevan a cabo, limitando su campo de actuación a los ataques más graves a los bienes jurídicos ambientales. De lo contrario, se corre el riesgo de criminalizar el derecho del medio ambiente (Collado, 2014),<sup>13</sup> lo que ha llevado en más de alguna ocasión a un aumento indebido de la litigación estratégica y a la sanción penal de hechos sin relevancia ni gravedad (delitos de bagatela). La

---

de estas críticas fueron resueltas mediante la dictación de la Ley 20.417, implicando su dictación una necesaria revisión de sus postulados en relación con la mejor configuración del derecho penal ambiental.

13. Naturalmente, la difuminación de los contornos entre el derecho penal y el derecho penal ambiental puede provocar el efecto espejo a la criminalización del derecho ambiental, que es la administrativización del derecho penal ambiental, que supone la revisión en sede penal de conductas de bagatela o ataques poco importantes a los bienes jurídicos. Para una explicación a fondo sobre estos efectos, véase Collado (2014).

creciente internacionalización de los esfuerzos de protección del medio ambiente requieren este derecho reflexivo a nivel administrativo y una reserva del derecho penal, para aquellas conductas que dañan efectivamente un bien jurídico, aun cuando éste pueda ser de carácter supraindividual y su protección se garantice desde que se ponga en peligro (ya sea un peligro abstracto o concreto).

Una regulación «a la alemana» parece seguir mejor esta idea, al regular la afectación concreta de un componente, y hacerlo mediante la técnica de la ley penal en blanco impropia, reservando al legislador penal la determinación completa de la conducta sancionada, derivando exclusivamente a la legislación ambiental la concreción de circunstancias accesorias, o bien, el límite inferior del tipo penal respectivo —delimitando la zona de riesgo no penalizado—. Por contraste, un derecho penal maximalista y fundado en la creación de leyes en blanco completas supondría un fracaso de las técnicas de segunda generación, pues esta regulación podría terminar por generar un desincentivo a la generación —inútil— de mecanismos de prevención en materia ambiental. En efecto, una legislación penal que no reconozca la importancia del principio de lesividad castigará la mera desobediencia contra la autoridad, de manera casi objetiva, borrando cualquier límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, y de paso, restando cualquier utilidad práctica a procesos internos de prevención. Para que estos procesos de *compliance* adquieran el atractivo necesario para los titulares de proyectos ambientales, las normas que establezcan las conductas graves deben estar claramente establecidas o al menos tener la posibilidad de ser delineadas por la jurisprudencia penal y administrativa. En caso contrario, se corre el riesgo de que todo sea grave y con ello, la decisión de prevenir se vuelve a tal extremo costosa que termina convirtiéndose en un desincentivo a la generación de medidas preventivas (Ayres y Braithwaite, 1992: 35).

El reconocimiento legal de mecanismos de autorregulación, sumado al hecho de la existencia de una revisión judicial, que hace reflexionar sobre el límite de lo permitido en materia de medio ambiente, supone una realidad que no puede dejar de tomarse en cuenta al momento de criminalizar conductas y de entender el correcto funcionamiento del sistema. Adelantando conclusiones, un derecho del medio ambiente —tanto en su variante administrativa como penal— que consiga definir claramente lo prohibido, lo importante, lo grave y lo menos grave, y por sobre todo, distinguir lo penal de lo administrativo, incentivará las estrategias de *compliance* en esta materia, ya sea para prevenir la ocurrencia de delitos como de infracciones administrativas. Sin duda, para que estos esfuerzos puedan ser cumplidos por el juez, el legislador en primer lugar debe entregarle un material que permita hacer estas distinciones. Creemos que un derecho penal maximalista y que se aleje de la exclusiva protección de bienes jurídicos disminuye fuertemente esta posibilidad.

### *Principio precautorio, compliance y personas jurídicas*

Para permitir esta necesaria reflexión, resulta clave comprender la relevancia actual que tiene el principio precautorio. Como ya indicamos, la necesidad de que el derecho del medio ambiente permita la autorreflexión parte de la base de que solo un proceso preventivo por parte del emisor de la contaminación potencial permite prevenir con eficacia daños cada vez más costosos en términos agregados. Hoy en día, parece prudente abandonar el argumento que justifica la regulación penal de las afectaciones al medio ambiente solo cuando éstas pueden tener la aptitud concreta de afectar un interés personalísimo del ser humano. El medio ambiente debe protegerse en estadios previos a la concreción de cualquier riesgo, pues, de lo contrario, el ser humano se quedará sin medio donde desarrollar su plan de vida. La realidad de los hechos ha impuesto la mirada bajo el enfoque del principio precautorio, y esta realidad impone por tanto la necesaria preferencia por los delitos de peligro abstracto —o de acumulación— en materia penal. Aquí podemos ver una vez más la relevancia que tiene incorporar, en los sujetos emisores de la contaminación, el enfoque de riesgos que es propio del *compliance*. Incentivar la autoevaluación de los procesos riesgosos de afectar el medio ambiente supone autoimponerse medidas en estadios muy anteriores a la lesión efectiva del medio ambiente.

Por último, debe reconocerse la participación mayoritaria en el sistema ambiental de las personas jurídicas. A diferencia de otros ámbitos de la vida, en medio ambiente la regulación sectorial actual considera de manera relevante como destinatario de sus normas a una persona jurídica. La gran mayoría de los titulares de proyectos ante el sistema de evaluación, y la mayoría de los sancionados por la Superintendencia son a la fecha personas jurídicas. Muchas de ellas si bien son entidades chilenas, se relacionan con empresas extranjeras. Esta es una realidad muy relevante al momento de criminalizar conductas en esta área, pues a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal nuclear, en materia de medio ambiente cobran relevancia criterios como la división funcional del trabajo, el principio de confianza, los deberes de vigilancia y de protección de los altos mandos, y las necesarias posiciones de garante que estos deberes generan.<sup>14</sup>

Un derecho penal ambiental que se limite a sancionar al trabajador que abre la escotilla genera los mismos incentivos perversos que un derecho penal maximalista, pero por las razones opuestas: el que maneja el proceso riesgoso que no ve en riesgo su propio patrimonio o su libertad, no tiene razones para gestionar medidas preventivas en su empresa. El establecimiento de reglas especiales de determinación de la autoría y

---

14. Una revisión profunda de las tensiones que ha supuesto el ingreso de la empresa como contexto —y sujeto activo— de la criminalidad para la teoría clásica del delito, puede verse en Silva Sánchez (2016).

la participación parecieran ser muy importantes en esta materia, para enfatizar en ellas el control decisivo que tienen los directivos y gerentes de las personas jurídicas en materia ambiental. También lo es el establecimiento claro de las personas que tendrán la posición de garantizar la no afectación de los bienes jurídicos protegidos por los delitos ambientales y, por último, el reforzamiento de estos incentivos mediante la inclusión del titular del proyecto y su cáscara jurídica, dentro de los posibles sancionados. Solo de este modo, pareciera mostrar la realidad en otras sedes del derecho, es posible la generación de una cultura del *compliance* y los mecanismos necesarios para lograrla.

## Derecho penal ambiental chileno, actualidad y proyección

### *Normas penales vigentes con carácter ambiental*

Si bien existieron en Chile iniciativas de tipificación del delito ambiental, y nuestro Código Penal reconoce figuras con contenido ambiental en su articulado original, debe considerarse al delito de contaminación de aguas consagrado en el artículo 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en su versión actual,<sup>15</sup> como el inicio de la responsabilidad penal de la persona jurídica en materia ambiental de carácter general.<sup>16</sup> De acuerdo con este artículo, constituye delito verter en cualquier curso de agua agentes contaminantes que causen daños a recursos hidrobiológicos.

Antes de su formulación, el derecho penal del medio ambiente chileno carecía no solo de una vinculación directa para las empresas, sino que se encontraba —y aún se encuentra— totalmente fragmentado en nuestra legislación, sin que exista una sistematización posible conforme a criterio como el del bien jurídico protegido. En la actualidad las normas penales que pueden catalogarse como ambientales se encuentran diseminadas por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>17</sup> En la **tabla 1** se nombran los delitos ambientales vigentes en el derecho penal chileno.

### *Proyecto de ley que pretende sancionar los delitos contra el medio ambiente*

A la luz de la actual realidad normativa fragmentada, queda en evidencia la ausencia de un trato sistemático de la protección al medio ambiente, pues este cuerpo de normas no cumple con los principios que indicamos *supra*, de lo que resulta entonces la necesidad de crear una normativa que proteja con exclusividad afectaciones graves

---

15. Su texto actual fue creado por la Ley 21.132 que Moderniza y Fortalece el Ejercicio de la Función Pública del Servicio Nacional de Pesca, del 31 de enero del 2019.

16. La norma incluyó otros delitos, que también ingresaron al listado de delitos corporativos, pero que son aplicables exclusivamente a las actividades pesqueras. Nos referimos a los delitos de los artículos 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

17. Un resumen acabado de la legislación chilena en Matus, Ramírez y Castillo (2018).

**Tabla 1.** Delitos ambientales vigentes en Chile

<b>Delito</b>	<b>Fuente</b>
Propagación de enfermedades animales o vegetales, regulado como una figura imprudente.	Artículo 289 del Código Penal
Propagación de elementos contaminantes que pudieran poner en peligro la salud animal o vegetal.	Artículo 291 del Código Penal
Delito de maltrato animal.	Artículo 291 bis del Código Penal
Contaminación de aguas para consumo público mediante veneno o infecciones, regulado como tipo base.	Artículo 315 del Código Penal
Delito agravado de contaminación de aguas.	Artículo 317 del Código Penal
Daño o afectación a monumentos nacionales.	Artículo 38 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales
Daño a recursos hidrobiológicos en procesos de pesca con medios explosivos, tóxicos o de otra naturaleza que puedan causarle un daño.	Artículo 135 de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Caza, captura o muerte de cetáceos.	Artículo 135 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Manejo de organismo genéticamente modificados, sin contar con la autorización correspondiente.	Artículo 136 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Internación de especies hidrobiológicas, sin la autorización correspondiente.	Artículo 137 de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Liberación de especies hidrobiológicas tóxicas desde centro de cultivo, sin la autorización correspondiente.	Artículo 137 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Procesamiento, apozamiento, transformación, transporte, comercialización y almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados o productos derivados.	Artículo 139 de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Realización de actividades extractivas en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de los derechos referidos del artículo 55B.	Artículo 139 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Procesamiento, elaboración o almacenamiento de recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no se acredite su origen legal, correspondiendo a recursos en estado de colapso o sobreexplotación.	Artículo 139 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura
Caza, captura o comercialización de fauna silvestre sobre especies prohibidas.	Artículo 30 de la Ley de Caza
Destrucción de bosques mediante incendio, regulados como figura dolosa.	Artículo 476 numerales 3 y 4 del Código Penal y artículos 18, 22, 22 bis y 22 ter de la Ley de Bosques
Realización de actividades con energía nuclear sin autorización y sus potenciales daños.	Artículos 45 y 47 de la Ley de Energía Nuclear
Tráfico ilícito de residuos.	Artículo 44 de la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor
Transporte, traslado o depósito de desechos tóxicos, peligrosos o infecciosos, en cualquier tipo de vehículo.	Artículo 192 bis de la Ley del Tránsito

Fuente: Elaboración propia.

a medios del ambiente, reconociendo una necesaria diferenciación con el derecho administrativo y con objetivos preventivos.

Esta ausencia no ha pasado desapercibida para el legislador, que ha presentado en el transcurso de los años variados proyectos de ley para criminalizar aspectos determinados del medio ambiente. Sin duda, el mayor de los esfuerzos es el actual proyecto de ley en tramitación en el Congreso, pues además de reunir en un solo texto varias iniciativas, se plantea como un proyecto que busca regular de manera sistemática toda la protección penal del medio ambiente y las instituciones administrativas que permiten su protección a este nivel.<sup>18</sup>

El proyecto de ley se encuentra actualmente en su primer trámite constitucional ante el Senado y ha sido objeto de recientes indicaciones por el Ejecutivo (3 de julio de 2019). El proyecto ha sufrido cambios radicales en su conformación, relacionados con aspectos vinculados a los principios antes indicados. Por esta razón, pronosticar el texto definitivo de la futura ley resulta casi imposible. Sin embargo, ciertas conclusiones preliminares pueden obtenerse, en particular respecto de aquellos aspectos que no han variado desde el ingreso del mensaje del Ejecutivo que provocó la reactivación de la tramitación.

Primero, el proyecto busca proteger de manera sistemática y coordinada —en mayor o menor medida— con el sistema de protección administrativa del medio ambiente. Por esta razón, las dos versiones discutidas en el trámite legislativo han considerado delitos de daño ambiental y definido expresamente su contenido. En las diferentes versiones se ha debatido más bien sobre la extensión de la remisión a normas extrapenales; o, dicho de otro modo, en la cantidad de blanco que las leyes penales del medio ambiente pueden admitir. Sin embargo, ninguna de las versiones ha supuesto una ley penal en blanco propia, pues ambas contienen la definición esencial de la conducta en la misma norma.<sup>19</sup>

La última versión del proyecto de ley,<sup>20</sup> por contraste, sigue más de cerca la versión alemana de regulación, creando el delito de contaminación del agua, suelo y aire bajo los verbos rectores *verter*, *depositar* y *liberar*. Todo lo anterior, siempre que se cause un daño al medio ambiente, técnica con menos blancos que la que busca tipificar a partir del delito de contaminación grave.

---

18. El Boletín 5654-12 del proyecto de ley que establece delitos en contra del medio ambiente refunde en un solo proyecto los Boletines 5614-12, 8920-07, 9367-12, 11.482-07, 12121-12 y 12398-12.

19. Nos referimos al texto aprobado en general por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado.

20. Nos referimos al texto sugerido por el Ejecutivo en sus indicaciones del 3 de julio del 2019. En esta fecha varios senadores presentaron sus indicaciones también, con la senadora Allende como la que más profundamente propuso modificaciones. En lo sucesivo, cuando nos refiramos a la versión de las indicaciones lo haremos respecto del texto propuesto por el Ejecutivo. Cuando lo hagamos respecto de las indicaciones de algún senador o senadora, lo indicaremos con su nombre.

Ambas versiones con diferentes énfasis definen lo que van a entender como daño ambiental. Al hacerlo, dan cuenta de que la regulación que se busca crear no supone una afectación íntegra o efectiva, sino que basta la afectación de una parte o de alguno de sus componentes. Sí se califica el grado de cercanía que esta afectación debe tener con la lesión, al indicar —ambas versiones— que el daño debe tener un carácter irreversible o de difícil recuperación. Al proceder de este modo, la legislación chilena se ubica equidistante de los delitos de acumulación puros y los delitos de lesión, entendiendo estos autores que la mejor calificación para este delito es el de ser un delito de peligro concreto. Esta conceptualización, por cierto, es la menos criticada por la doctrina.<sup>21</sup>

En relación con la accesoriedad administrativa, resulta claro que las dos versiones del proyecto parten de dos puntos diferentes, pues el texto aprobado por la Comisión proponía un sistema de accesoriedad material, regulando de manera expresa la cancelación de la aplicación de las normas penales para los casos en que las emisiones de algunas fuentes se realicen dentro de las zonas de riesgo permitido normales o de emergencia. También se establece una regla de cancelación por bagatela, en el caso de las emisiones de automóviles. En relación con la accesoriedad orgánica, esta versión no la contemplaba, estableciendo un sistema de persecución penal y ambiental paralelo. Lo mismo propone la senadora Allende, aun cuando su indicación resulta más clara al negar la acción penal en caso de resolución favorable para el titular del proyecto en sede administrativa (sin establecer, al contrario, que la sentencia condenatoria sea una condición de procesabilidad de la querrela).

Por contraste, la versión contenida en las indicaciones del Ejecutivo plantea un régimen de accesoriedad orgánica, al establecer que la significancia del daño ambiental —mejor, la extensión del alejamiento de la zona de riesgo permitido de la conducta reprochada— deberá acreditarse mediante el acompañamiento de la sentencia definitiva firme del Tribunal Ambiental correspondiente que así lo declare, según los artículos 51 y ss. de la Ley 19.300. Suma a lo anterior otra regla de accesoriedad orgánica, al indicar que la presentación de una demanda de daño ambiental suspenderá los plazos de prescripción de la acción penal del delito de daño ambiental.

En algo en lo que ambas versiones están de acuerdo es en la necesidad de crear incentivos para que los principales actores en este ámbito generen sus propios mecanismos de autorregulación ambiental. Sin embargo, la forma de proceder con estos incentivos resulta muy diferente en algunos casos. El texto aprobado por la Comisión establecía una serie de incentivos para los ejecutivos principales de los proyectos, al

---

21. Si bien Silva Sánchez (1997) mantiene su crítica respecto de los efectos prácticos que ha traído la accesoriedad administrativa en sentido orgánico, cuando se utiliza para delinear lo prohibido penalmente, se plantea de acuerdo con la técnica del peligro concreto como forma de delimitación entre ambas áreas.

establecer expresamente sus deberes garantes de la operación y las reglas para imputar autoría en comisión por omisión. Por su parte, las indicaciones del Ejecutivo eliminan todas estas reglas de autoría y participación especiales.

A nivel de personas jurídicas, si bien ambas versiones proponen incorporar los delitos del proyecto a los listados en la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas,<sup>22</sup> la versión del Ejecutivo establece un criterio material para la evaluación de la responsabilidad penal de la persona jurídica que el texto aprobado por la Comisión no contiene. Se trata de la siguiente frase en relación con el criterio de imputación penal: «Si su perpetración fuere razonablemente previsible en el marco de la actividad o actividades que la persona jurídica desarrolla». Esta frase, a nuestro parecer, generará inmensas dudas interpretativas por parte de los titulares de proyectos. La razón principal es que pone de cargo del regulado la decisión sobre qué áreas de su operación va a dejar de prevenir con mecanismos de *compliance*, permiso que es contrario a la lógica preventiva de las empresas, que incentiva la gestión dentro de sus procesos de todos los riesgos de infracción de una determinada norma. En definitiva, esta regla de razonabilidad de ocurrencia es una medición que a nivel de generación de las matrices de riesgos esta internalizada, específicamente cuando se mide la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Esta regla generará un incentivo contrario, pues las empresas podrán, con apoyo legal, tener una exención de responsabilidad penal que nace de la mera consideración de probabilidades. La forma correcta de encarar las probabilidades de ocurrencia de un hecho se produce al medir el grado de certeza con que un determinado riesgo podría concretarse, y eso supone un trabajo previo de incorporación del riesgo a la matriz, lo que el proyecto del Ejecutivo permite no hacer.

## **Compliance y medio ambiente**

### Historia del *compliance* en Chile

En 2009 y con la entrada en vigor de la Ley 20.393, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, se estableció por primera vez en Chile un estatuto que permite imputar directamente a las empresas su responsabilidad criminal por la comisión de un grupo determinado de delitos. En particular, según el artículo 2, los destinatarios de esta ley serán todas las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado.

La norma requiere para que se configure la responsabilidad penal de la persona jurídica dos elementos. Primero, la existencia de un delito de parte de una persona

---

22. La versión de la Comisión todos ellos, la versión del Ejecutivo exclusivamente el delito de daño ambiental y el delito de presentación de antecedentes falsos a las autoridades ambientales.

natural, el que debe ser ejecutado en beneficio de la persona jurídica.<sup>23</sup> Segundo, que la empresa haya contribuido a la consumación de ese delito mediante la mantención de una organización que permite —o al menos no impide o dificulta— la comisión de los ilícitos (Hernández Basualto, 2010: 217). En tal sentido, Hernández Basualto (2010: 225) señala que «la persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión».

La norma recoge un modelo atenuado de autorresponsabilidad, dado que si bien se requiere la existencia de un delito de parte de una persona natural, que debe poder conectarse a la persona jurídica, además se exige que la empresa haya contribuido a la consumación de ese delito con actos independientes, consistentes en la mantención de una organización que permite —o al menos no impide o dificulta— la comisión de los ilícitos, lo que se ha denominado por la doctrina como responsabilidad por defectos de organización.

De acuerdo con lo anterior, uno de los requisitos impuestos por la Ley 20.393 para que se genere la responsabilidad penal de la persona jurídica, es que la comisión del delito efectuada por alguno de los trabajadores de la empresa sea consecuencia directa del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión a los que la organización se encuentra obligada. De lo contrario, dichos deberes se entenderán cumplidos si la empresa hubiere adoptado e implementado un programa de cumplimiento, con anterioridad a la comisión de algunos de los delitos que concierne la responsabilidad de la persona jurídica.

Así las cosas, el modelo de responsabilidad por defecto de la organización impone a las empresas el deber de organizarse y regularse de forma tal que los delitos descritos en la ley no se cometan en su interior. Si bien la norma no lo establece como obligatorio, incentiva fuertemente a que las empresas generen instancias y controles que permitan prevenir y detectar la posible comisión de ilícitos. Este sistema preventivo se verifica por lo general a través de la adopción e implementación de programas de cumplimiento, o *compliance programs*, los que implementados en la forma que la ley establece, permiten a la empresa ser eximida de responsabilidad penal.

A partir del modelo de responsabilidad que se impuso a las empresas con esta norma, la cultura del *compliance* se instaló en el país. Con el tiempo, ésta ha visto crecer su ámbito de influencia, sobrepasando los límites de la Ley 20.393, para entrar con

---

23. La Ley 20.393 exige que el delito haya sido cometido en interés y provecho de la persona jurídica. Esta exigencia deja fuera a actuaciones que no son susceptibles de reportarle ningún beneficio a la empresa, o que incluso puedan ser contrarias a los intereses de la organización, pues en esos casos la empresa pasa a ser la víctima del delito cometido por alguno de sus trabajadores. Del mismo modo, quedan fuera las conductas efectuadas por particulares exclusivamente en ventaja propia, o a favor de un tercero.

fuerza en otras áreas del derecho. Un ejemplo paradigmático de lo anterior es el derecho de la libre competencia, cuya normativa particular revisaremos a continuación.

A esta opción regulatoria nos referimos como autorregulación regulada. La lógica de esta nueva forma de autorregulación es la entrega a los privados de potestades normativas, asumiendo en algunas ocasiones, el rol de reguladores de su propio sector específico de actuación. Esta entrega de potestades ha supuesto una nueva mirada sobre las empresas, las que, a partir de esta capacidad de creación de normas, son consideradas como sujetos capaces de infringir su propia normatividad, es decir, han adquirido la capacidad de ser criticados por sus actos. A partir de este tipo de reconocimiento, nace el concepto del *buen ciudadano corporativo*, que engloba todas estas nuevas capacidades reconocidas a las empresas. Es tal el reconocimiento de esta capacidad, que algunos administrativistas han comenzado a considerar esta forma de regulación como una fuente más del derecho administrativo (Esteve Pardo, 2016: 83-87).

La Ley 20.393 produjo un cambio de enfoque en las empresas, pues supuso para ellas comenzar a mirarse como sujetos de riesgo para el exterior, imponiéndoles el deber de prevenirlos, mediante la creación de una institucionalidad (áreas de *compliance*) y de procesos destinados a mantener a la empresa en condiciones de no concretar estos riesgos. Dentro de estos procesos, la creación de normas éticas internas es uno de los más utilizados, que forma un centro de creación de normas y jurisprudencia al interior de cada empresa.<sup>24</sup>

De acuerdo con el material de promoción publicado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en junio de 2012, denominado «Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia»,<sup>25</sup> es recomendable desde la perspectiva de la normativa de libre competencia que los agentes económicos cuenten con mecanismos internos destinados a prevenir la comisión de infracciones a esta normativa.

En opinión de la Fiscalía Nacional Económica, para que un programa de cumplimiento destinado a prevenir los ilícitos contrarios a la libre competencia sea efectivo, debe cumplir con cuatro requisitos copulativos:

- Real compromiso de cumplir con la normativa de libre competencia.
- La identificación de actuales y posibles riesgos que enfrenta el agente económico.
- Mecanismos y procedimientos internos acordes al compromiso de cumplimiento adquirido.
- La participación de gerentes y directores en el programa de cumplimiento.

---

24. Ya existen en Chile diplomados especializados para oficiales de cumplimiento y dedicados a estudiar la Ley 20.393.

25. Documento disponible en <https://bit.ly/38bJPIK>.

Estos elementos han sido recogidos y reiterados por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Desde el caso *Pollos*, el Tribunal ha impuesto en sus sentencias condenatorias la obligación de implementar un programa de cumplimiento.<sup>26</sup> Si bien al inicio de su tendencia jurisprudencial, el Tribunal impuso esta obligación como una simple sanción, sin ahondar en sus requisitos, en la sentencia del caso *Asfaltos*,<sup>27</sup> una prevención concurrente al fallo de mayoría otorgó una clara señal en inicio de ella. Los ministros Saavedra y Tapia indicaron que el programa de cumplimiento que el Tribunal estableció a implementar a las empresas condenadas debería contener algunos elementos obligatorios que se especifican a continuación:

- Nombrar un oficial de cumplimiento con funciones y medios acordes con la empresa.
- Entregar copia del fallo a los principales ejecutivos.
- Capacitación anual en libre competencia.
- Obtener declaración jurada de los principales ejecutivos que indique que han leído el fallo.
- Llevar a cabo auditorías de libre competencia cada dos años (correos electrónicos, mensajes telefónicos, incentivos en los contratos de trabajo, licitaciones de la empresa, asociaciones gremiales en las que participa la empresa y política interna de libre competencia.
- Mantener una línea de denuncias anónimas abierta.

Los elementos listados en el caso *Asfaltos* han sido profundizados por el mismo Tribunal en sus fallos más recientes. Es así como en los casos *Papeles*, *Laboratorios* y *Supermercados*, ha impuesto una serie de obligaciones similares a las señaladas, en relación con la implementación de un programa de cumplimiento por las empresas sancionadas.<sup>28</sup>

---

26. Los casos en los que se ha impuesto esta sanción son el caso *Pollos* (Requerimiento de FNE contra Agrosuper S.A. y otros, rol 139-2014), aun cuando se establece solamente en un voto de minoría (ministra Butelmann y ministro Depolo), quienes estuvieron por ordenar, junto con las demás sanciones, la implementación de un programa de cumplimiento. En el caso *Ginecólogos* (Requerimiento FNE contra AGÑON, rol 145-2015) se ordenó a la Asociación de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble implementar un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia que satisfaga la guía de la FNE. Por último, en el caso *Supermercados* (Requerimiento FNE contra Cencosud y otros, rol C-304-2016, en actual tramitación), el auto de prueba de este proceso dispuso que debía probarse la efectividad de que las requeridas hayan implementado un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia serio y completo, de manera oportuna.

27. Requerimiento FNE contra Enex S.A. y otros, rol 148-2015.

28. En particular, se detalla en cada una de estas sentencias que los programas deberán cumplir con

Si bien es en el ámbito de la libre competencia y en responsabilidad penal de la persona jurídica donde se ha regulado expresamente la existencia y efectos de los modelos de cumplimiento, existen otras áreas en las que se ha comenzado a utilizar el mismo modelo preventivo.

En el caso de derecho del consumo, la Ley 21.081, que modifica la Ley 19.946 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, introduce la figura del modelo de cumplimiento, dentro del cual se enmarcan medidas de buen gobierno corporativo empresarial, buscando como objetivo generar una cultura organizacional orientada a cumplir la norma y crear ambientes de control interno. Dicha norma se refiere en dos oportunidades al programa de cumplimiento. En primer término, el artículo 54 lo establece como un mecanismo idóneo para acreditar el cumplimiento del acuerdo suscrito por la empresa proveedora del bien o servicio con el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), en un procedimiento voluntario colectivo.

En segundo lugar, se menciona dentro del sistema de aplicación de multas, como una circunstancia atenuante, ya que la norma permite establecer que ha existido colaboración sustancial con el Servicio o dentro del procedimiento judicial, si la empresa cuenta con un plan de cumplimiento respecto de las materias a que se refiere la infracción respectiva. La atenuante funcionará, de acuerdo con la ley, si es que se acredita la efectiva implementación y seguimiento del programa, además de encontrarse certificado previamente por el Sernac.

La Comisión para el Mercado Financiero también tiene injerencia en lo relativo a los modelos de cumplimiento de las empresas que se encuentran bajo su fiscaliza-

---

los siguientes mínimos: i) implementar un programa de cumplimiento que tenga una duración mínima de cinco años; ii) el directorio debe constituir un comité de cumplimiento integrado al menos por un director independiente. Dicho comité debe estar establecido en los estatutos sociales y tiene como función proponer al directorio el nombramiento y remoción del oficial de cumplimiento, así como velar por el buen cumplimiento de sus deberes; iii) contar con un oficial de cumplimiento, que debe ser una persona externa a la empresa, que se desempeñe a tiempo completo en el cargo y que deba reportar sus acciones directamente al directorio de la empresa; iv) entregar copia del fallo a los principales ejecutivos, los cuales deberán hacer una declaración jurada en la que señalen que leyeron y entendieron el fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a la normativa de libre competencia. Dicha declaración deberá hacerse anualmente, por un plazo de cinco años; v) proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia, durante el plazo de cinco años. Esta capacitación debe hacerse por un abogado o economista externo y experto en libre competencia; vi) hacer a lo menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años. Éstas deberán comprender, como mínimo, una revisión de las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de los principales ejecutivos de las empresas, los incentivos establecidos en los contratos de trabajos, la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización, la participación de la compañía en asociaciones gremiales y la política interna de libre competencia de la compañía; vii) mantener una línea de denuncia; y viii) proveer anualmente un reporte escrito a la FNE que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento.

ción, ya que en virtud de la Norma de Carácter General 385, del 8 de junio de 2015, que establece normas para la difusión de información respecto de las prácticas de gobierno corporativo adoptados por las sociedades anónimas abiertas, estos entes fiscalizados se encuentran obligados a remitir a la Comisión toda su información respecto de prácticas de gobierno corporativo, responsabilidad social y desarrollo sostenible, dentro de lo cual se incluyen los modelos de prevención con los que éstas cuentan.

El Boletín 9384-07 contiene un proyecto de ley que pretende modificar la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada. El proyecto busca actualizar la legislación relativa a datos personales, para que se ajuste al nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre esta materia. Pues bien, esta normativa, en el párrafo sexto del título 7 establece como posibilidad para las empresas que traten datos personales, contar con un modelo de prevención de infracciones. Las normas proyectadas son un fiel reflejo de la normativa contenida en la Ley 20.393, con la gran diferencia que, en esta oportunidad, el legislador ha considerado mejor que la certificación de estos modelos dependa de la agencia de protección de datos, el organismo público que quedará a cargo de la fiscalización de las infracciones a esta normativa.

### Sistema de imputación de las personas jurídicas

El primer requisito que se establece en la Ley 20.393, para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la comisión de alguno de los delitos especificados en ella, en beneficio de la ella. Dicho de otro modo, no forman parte de los delitos que pueden imputarse a la persona jurídica aquellos que se cometen por alguna persona vinculada a ella, en su perjuicio.

El segundo requisito necesario para que se genere la responsabilidad penal consiste en que la comisión de estos delitos se haga en el interior de la persona jurídica por parte de un círculo especial de sujetos en los que se encuentran el dueño de la empresa, o uno de sus órganos directivos. Estos últimos a su vez pueden ser, según la ley: i) controladores; ii) responsables; iii) ejecutivos principales; iv) representantes; v) en general, quienes hagan actividades de administración y supervisión en la empresa; vi) cualquier otra persona que esté bajo la dirección o supervisión directa de los dueños o los órganos directivos.

Como puede apreciarse, y como lo ha entendido la doctrina autorizada, la ley chilena «establece un círculo amplio de sujetos relacionados, no circunscrito a los órganos directivos, en tanto que, si bien hace la distinción entre éstos y el personal subordinado, no establece un régimen diferente para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos» (Hernández Basualto, 2010: 220).

El tercer requisito es que la comisión de alguno de estos delitos sea consecuencia directa del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, los cuales se entenderán cumplidos si, con anterioridad a la comisión de alguno de esos delitos,

la empresa hubiere adoptado e implementado un modelo de prevención del delito.<sup>29</sup> Los deberes de dirección y supervisión son aquellos que imponen a la alta dirección de la empresa obligaciones de control sobre la marcha de la organización. Estos deberes, dada la estructura de las personas jurídicas se pueden concretar en tres dimensiones diferentes: la institucional, la normativa y la procedimental.

En primer lugar, el pilar normativo implica la creación de autorregulación por la empresa, la que será de cumplimiento obligatorio por los colaboradores, y que supone la regulación de las zonas de riesgo de incumplimiento en su interior.

El pilar institucional, por su parte, supone la creación de un área de cumplimiento que tenga como cabeza al oficial de cumplimiento. Esta entidad deberá tener los medios para funcionar y la autonomía para decidir su forma de actuación al interior de la empresa. Además, esta área deberá incluirse conceptualmente al mismo nivel que el resto de las gerencias de la empresa y tener un acceso directo a la dirección de ésta.

El pilar procedimental tiene como objetivo hacer procedimientos claros en la empresa de las normas creadas. Pertenecen a este pilar los procesos de denuncia, los canales de comunicación, los procesos de investigación al interior de la empresa y las auditorías a los niveles de cumplimiento, entre otros procesos relevantes.

Por último, debemos sumar un cuarto pilar, ya recogido en normativas internacionales,<sup>30</sup> que consiste en el compromiso de la alta dirección de la empresa. Para lograr sus objetivos, un sistema de cumplimiento debe ser percibido por toda la organización como un esfuerzo real y decidido de la alta dirección, pues de lo contrario corre el riesgo de ser visto como un mero intento de maquillaje superficial destinado a obtener documentación que cumpla formalmente con los lineamientos internacionales y locales ya mencionados. Este sistema de imputación será el que deberá aplicarse a las empresas que sean imputadas por algunos de los nuevos delitos ambientales, denotando la relevancia que tendrá la generación o mejoramiento de estas tres dimensiones en los aspectos ambientales.

## Modelos de prevención del delito

El artículo 4 de la Ley 20.393 establece las características que deberá tener este modelo para permitir a la empresa eximirse de su responsabilidad penal. Los principales

---

29. En específico, «la existencia de programas de cumplimiento encuentra tres expresiones distintas en la ley 20.393: i) permite eximir de responsabilidad a la persona jurídica, ii) le permite atenuar la responsabilidad con posterioridad al hecho, y iii) como posible condición de una suspensión condicional del procedimiento» (Medina Schulz, 2010).

30. A modo de ejemplo, la guía práctica de la Foreign Corrupt Practices Act, de Estados Unidos, comienza su descripción de los elementos claves que un sistema de cumplimiento debe tener para ser efectivo, haciendo referencia al compromiso de la alta dirección con la prevención de la corrupción. La guía se encuentra disponible en <https://bit.ly/2NH0Yif>.

requerimientos son cuatro. El primero es la designación de un encargado de prevención, designación que deberá hacerse por la alta dirección de la empresa y contar con autonomía funcional y orgánica. El segundo requisito es la definición de medios y facultades del encargado de prevención. El oficial de cumplimiento deberá contar con medios suficientes para cumplir con su labor y tener acceso directo a la administración de la persona jurídica. El siguiente es el establecimiento de un sistema de prevención, que deberá identificar las zonas de riesgos, crear procedimientos, normas y protocolos que prevengan estos riesgos, establecer sanciones internas para el incumplimiento de estas normas y crear canales de denuncia. Por último, el establecimiento de procesos de fiscalización y actualización constante del sistema de cumplimiento.

La implementación de dicho modelo, sin embargo, no puede consistir solo en un mero retoque del organigrama empresarial. Por el contrario, para que produzca el efecto de eximir de responsabilidad, deberá tratarse de un sistema adecuadamente diseñado y efectivamente implementado al interior de la empresa al momento en que se cometa el delito, de forma que constituya en los hechos una «herramienta idónea de prevención, entendiendo por «idóneo», como ya se ha dicho, desde luego no una barrera infranqueable contra el delito, pero sí un sistema que razonablemente y conforme con lo que es exigible bajo las condiciones jurídicas y fácticas de la empresa puede obstaculizar significativamente la comisión de delitos» (Hernández Basualto, 2010: 226).

Cuando el *compliance* cumple con una correcta implementación, su existencia permite excluir la responsabilidad de la empresa, ya que se manifiesta de esta forma que no hubo infracción de sus deberes de dirección y supervisión. Si el modelo no presenta errores ni en su creación ni en su implementación, la acción delictiva que se produzca en el seno de la empresa resulta ser un acto individual, que hará nacer la responsabilidad exclusiva del sujeto que cometió el ilícito (Collado, 2013: 81).

Tanto Europa<sup>31</sup> como Estados Unidos<sup>32</sup> superaron la fase de implementación de la cultura del *compliance*, exigiendo a los programas de cumplimiento una eficacia real para considerarlos como seriamente implementados. Nuestra impresión es que Chile pronto comenzará a transitar a esta nueva etapa, y algo de eso ha comenzado a ocurrir en otras áreas del derecho.<sup>33</sup>

---

31. Sobre este tema, véase Nieto Martín (2013: 36).

32. Véase la nueva directiva del Departamento de Justicia de Estados Unidos, expuesta por Bill Baer, el vice fiscal general de Estados Unidos, en cuanto a evaluar la efectividad real de los programas de cumplimiento. Más información en Karen Freifeld, «U.S. Justice Department hiring compliance expert», *Reuters*, 30 de julio de 2015, disponible en <https://reut.rs/2ZmOrb1>.

33. Sirva de ejemplo el reciente caso *Supermercados* resuelto por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (rol 306-2016), que analizó la plenitud de los programas de cumplimiento de las empresas requeridas.

## La gestión de riesgos ambientales supera lo penal

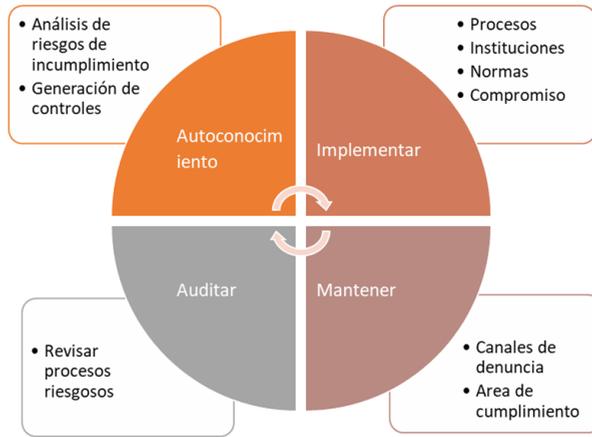
La ISO 19.600, sobre sistemas de gestión de *compliance*, corresponde a una norma que establece estándares internacionales para la gestión de sistemas de *compliance*,<sup>34</sup> que confirma la estructura del artículo 4 indicando que cualquier sistema de cumplimiento requiere comenzar con un análisis del nivel de riesgo de incumplimiento normativo al interior de la organización, el que servirá de base para generar la matriz de riesgos de incumplimiento de la norma que se busca cumplir, y con ello permitir el desarrollo de las diversas actividades de prevención, entre las que estarán en algunos casos la capacitación de los colaboradores en las normas legales e internas que les son obligatorias de cumplimiento. De este modo, resulta claro que todos los esfuerzos de *compliance* pueden y deben llevarse a cabo siguiendo la misma metodología, sin importar qué tipo de norma es la que se quiera cumplir. Esta es la razón principal por la que las regulaciones de segunda generación validan estos esfuerzos de autorregulación.

En efecto, los autoanálisis de riesgo permiten, en un mundo normativo en constante cambio, una actualización permanente de procesos por el propio regulado. En este sentido, cualquier sistema de cumplimiento requiere contar con una autoevaluación permanente para determinar la existencia de nuevos riesgos o bien revisar nuevas áreas riesgosas producto de cambios legislativos. Como indicamos al comenzar este trabajo, el derecho del medio ambiente, antes de constituir un derecho de infracciones, es un derecho de autorizaciones de uso, que establece zonas de actuación según el derecho y los riesgos permitidos de afectación al ambiente —que generan obligaciones de compensación al titular del proyecto—. Por ello, utilizar mecanismos de *compliance* debería ser más simple que en otras áreas de derecho, poco acostumbradas a lidiar con el principio precautorio.

En términos metodológicos, la ISO 19.600 propone un sistema de gestión de riesgos de *compliance* basado en la evaluación concreta de los riesgos de incumplimiento normativo, el que servirá de base para generar la matriz de riesgos de la empresa señalando cuáles serían estos riesgos, los dueños de los procesos riesgosos, controles y planes de mejora, para con ello permitir el desarrollo de actividades de prevención, entre las que estarán en algunos casos la capacitación de los colaboradores en las normas legales e internas que les son obligatorias de cumplimiento. La combinación de los tres pilares referidos (institucional, normativo y procedimental) con la metodología de la ISO 19.600 puede graficarse conforme al flujo de procesos de la [figura 1](#).

---

34. La referida norma proporciona orientación para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento efectivo. Los principios que rigen a la ISO 19.600 son el buen gobierno, la proporcionalidad, la transparencia y la sostenibilidad. A diferencia de las normas ISO certificables, la ISO 19.600 es una guía que se define a sí misma como un conjunto de mejores prácticas.



**Figura 1.** Metodología ISO 19.600. Fuente: Elaboración propia.

### Procesos de *compliance* en la operación ambiental de las empresas

Tomando en cuenta lo indicado en relación con la posibilidad de gestionar el medio ambiente desde una perspectiva de *compliance*, sumado al hecho de que el proyecto de ley sobre delitos ambientales contendrá, con mucha seguridad, delitos que implicarán la responsabilidad penal de la persona jurídica, en cuanto titulares de proyectos, es plausible considerar un sistema de implementación de mecanismos de prevención de las afectaciones potenciales al ambiente a todo nivel. Para ello, proponemos proceder a partir de tres estadios diferentes de evaluación.<sup>35</sup>

En una fase inicial, creemos necesario, producto de la vigencia de los principios preventivo y precautorio y la creación de autorizaciones de funcionamiento como las resoluciones de calificación ambiental, que las empresas listen en matrices normativas, de manera coordinada, todas las normas que rigen su operación ambiental. En este sentido, consideramos muy importante incluir en un solo mapeo de normas todas las obligaciones legales, regulatorias y administrativas que la empresa debe cumplir, de manera de conocer, antes de comenzar la evaluación, cuál es la zona de riesgo permitido de la empresa y en particular cuál es la zona de riesgos prohibidos.

Conociendo ese conjunto de normas, resulta esencial la evaluación de los riesgos de incumplimiento del grupo de obligaciones y deberes descrito en el párrafo anterior. A través de auditorías de cumplimiento ambiental, se consigue a nuestro juicio completar una segunda fase en materia de *compliance* ambiental destinada a evaluar las zonas dentro de la operación en donde es más probable que puedan infringirse las normas sistematizadas en la etapa anterior.

35. Un análisis de los motivos que llevan a las empresas a generar mecanismos de *compliance* en medio ambiente se puede ver en Linch-Wood y Williamson (2010).

Por último, en una tercera fase, que podemos denominar con propiedad como una fase de *compliance* ambiental, deben establecerse los controles para cada uno de los riesgos encontrados, designar dentro de la operación misma a dueños de estos procesos de riesgo e imponerles la obligación de gestionar estos controles. Luego de ello, debe resumirse todo este trabajo en documentos como matrices de riesgos, políticas de medio ambiente y protocolos de actuación. En esta etapa debería crearse la función de oficial de cumplimiento del medio ambiente, que desde una posición de segunda línea —cercano a la operación, pero fuera de ésta— pueda mantener un contacto permanente con los dueños de los procesos de control, supervisando que éstos se cumplan. Entendemos que, en materia ambiental, el aspecto técnico resulta particularmente relevante y muchas veces es compleja la tarea de conciliar estos aspectos con el cumplimiento de obligaciones regulatorias autoimpuestas en estadios previos a la operación. Por esta razón, es clave en materia de medio ambiente contar con oficiales de cumplimiento que puedan hacer de nexo entre el equipo técnico y el equipo encargado de los temas de sustentabilidad, para que juntos logren conciliar ambos requerimientos de manera óptima.

## Conclusiones

Para concluir, solo nos queda resumir los efectos que estos esfuerzos de *compliance* podrían tener para las empresas que decidan optar por este camino. El primero de estos es el efecto judicial. Como tuvimos la oportunidad de analizar en detalle, tanto la legislación ambiental vigente como la proyectada legislación penal ambiental valoran con efectos judiciales precisos los esfuerzos de cumplimiento. Tomando en cuenta los requisitos de la normativa y la especificidad del derecho del medio ambiente, poder eximirse de responsabilidad infraccional o penal supondrá contar con un sistema de cumplimiento ambiental que se ejecute en la operación habitual de la empresa. La obsolescencia de los *compliance* de papel se asentó en la jurisprudencia relevante en otras áreas del derecho y en experiencias comparadas. Seguramente, los sistemas de cumplimiento tendrán como objetivo entregar a los equipos legales que tramiten ante la Superintendencia del Medio Ambiente o los Tribunales Ambientales, insumos para lograr salidas intraproceso, como planes de cumplimiento.

Un segundo efecto que detectamos, y que también resulta particular al mundo del medio ambiente, son los efectos operacionales. Contar con un *compliance* del medio ambiente supondrá gestionar las resoluciones de calificación ambiental y demás normativas ambientales sectoriales de un modo inédito para la realidad chilena. El establecimiento de organismos internos a cargo de supervisar el cumplimiento de la normativa ambiental al interior de la empresa, y la imposición de deberes precisos a todas las personas a cargo de la operación diaria de la empresa supondrá un nivel de conocimiento, por parte de las gerencias operativas de las empresas de las zonas de

riesgos prohibidos y permitidos que, estimamos, no tenía la profundidad deseada al interior de las empresas.

Por último, planteamos que el efecto reputacional también debería ser considerado dentro de los efectos del *compliance* ambiental. La mejora reputacional, sin embargo, solo se logrará comprobar en el largo plazo, luego de que una cultura del cumplimiento ambiental logre instaurarse en las empresas. Cuando este proceso se concrete, creemos que las empresas que opten por este camino podrán ser consideradas como buenos ciudadanos corporativos.

## Referencias

- AYRES, Ian y John Braithwaite (1992). *Responsive regulation*. Nueva York: Oxford University Press.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2019). «Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental». *Revista Chilena de Derecho*, 46: 643-667. DOI: [10.4067/S0718-34372019000300643](https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000300643).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2008). «Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el anteproyecto de Código Penal de 2005». *Estudios Públicos* 110: 1-81. Disponible en <https://bit.ly/2ZuAnfl>.
- BECKER, Gary (1968). «Crime and punishment». *Journal of Political Economy*, 76 (2): 169-217. DOI: [10.1086/259394](https://doi.org/10.1086/259394).
- BRAITHWAITE, John (1982). «Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control». *Michigan Law Review*, 80: 1.466-1.484. DOI: [10.2307/1288556](https://doi.org/10.2307/1288556).
- COLLADO GONZÁLEZ, Rafael (2013). *Empresas criminales*. Santiago: Legal Publishing.
- . (2014). «De la administrativización del derecho penal a la criminalización del derecho administrativo: Lo cualitativo y cuantitativo, como zonas». En Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (editores), *Sanciones administrativas: X Jornadas de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo* (pp. 541-565). Santiago: Thomson Reuters.
- ESTEVE PARDO, José (2015). *Estado garante: Idea y realidad*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- . (2016). *Lecciones de derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons.
- GUNDLING, Lothar (1990). «The status in International Law of the principle of precautionary action». *International Journal of Estuarine and Coastal Law* 5: 23-30. DOI: [10.1163/157180890X00074](https://doi.org/10.1163/157180890X00074).
- HEFENDEHL, Roland (2008). «Derecho penal medioambiental: ¿Por qué o cómo?». *Estudios Públicos*, 110: 1-27. Disponible en <https://bit.ly/2YLG5up>.
- HEINE, Günther (1993). «Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46 (1): 289-316. Disponible en <https://bit.ly/3dGe3EQ>.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2010). «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile». *Política Criminal*, 5 (9): 207-236. DOI: [10.4067/S0718-33992010000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-33992010000100005).
- LETÉLIER WARTNERBERG, Raúl (2017). «Garantías penales y sanciones administrativas». *Política Criminal*, 12 (24): 622-689. DOI: [10.4067/S0718-339920170002000622](https://doi.org/10.4067/S0718-339920170002000622).
- LINCH-WOOD, Gary y David Williamson (2010). «Regulatory compliance: Organizational capacities and regulatory strategies for environmental protection». En Hannah Quirk, Toby Seddon y Graham Smith (editores). *Regulation and criminal justice* (pp. 134-161). Cambridge: Cambridge University Press.
- MATUS, Jean Pierre (2004). *Derecho penal del medio ambiente: Estudios y propuesta para un nuevo derecho penal ambiental chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- MATUS, Jean Pierre, Marcos Orellana, Marcelo Castillo y María Cecilia Ramírez (2003). «Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en ámbito del derecho internacional: Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile». *Ius et Praxis*, 9 (2): 11-57. DOI: [10.4067/S0718-00122003000200002](https://doi.org/10.4067/S0718-00122003000200002).
- MATUS, Jean Pierre, María Cecilia Ramírez y Marcelo Castillo (2018). «Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI». *Política Criminal*, 13 (26): 771-835. Disponible en <https://bit.ly/2ZnTcRx>.
- MEDINA SCHULZ, Gonzalo (2013). «Efectos del *compliance*, incentivos para un buen ciudadano corporativo». *La Semana Jurídica*, 64.
- NIETO MARTÍN, Adán (2013). «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal». En Lotar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina (editores), *Compliance y la teoría del derecho penal* (pp. 21-50). Barcelona: Marcial Pons.
- RADOVICH, Violeta (2018). «Consideraciones sobre la evolución del derecho ambiental en la República Argentina, con especial mención al principio precautorio en la ley de bosques y en la ley de glaciares». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9 (1): 1-30. Disponible en <https://bit.ly/3gbyuuN>.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1997). «¿Protección penal del medioambiente? Texto y contexto del artículo 325». *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 3: 4.285-4.286.
- . (2011). *La expansión del derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires: B de F.
- . (2016). *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y Raquel Montaner Fernández (2012). *Los delitos contra el medio ambiente: Reforma legal y aplicación judicial*. Barcelona: Atelier.
- STEWART, Richard B. (2001). «A new generation of environmental regulation». *Capital University Law Review*, 29 (1): 21-182. Disponible en <https://bit.ly/3idxFnc>.

VERA ESQUIVEL, Germán (1994). «El derecho internacional del medio ambiente y sus principios rectores: El caso del principio precautorio». *Themis*, 29: 111-116. Disponible en <https://bit.ly/3eRSUZG>.

### **Sobre los autores**

RAFAEL COLLADO GONZÁLEZ es abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Ciencias Jurídicas de la Universidad Pompeu Fabra, España. Doctorando en Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Su correo electrónico es [rcollado@fn.cl](mailto:rcollado@fn.cl).  <https://orcid.org/0000-0003-3852-4013>.

PATRICIO LEYTON FLORES es abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos. Profesor de Derecho del Medio Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es [pleyton@fn.cl](mailto:pleyton@fn.cl).  <https://orcid.org/0000-0002-7613-7797>.

La *Revista de Derecho Ambiental*, del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un espacio de exposición y análisis en el plano académico del derecho ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, y aborda diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. Se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

### DIRECTORA

Valentina Durán Medina

### EDITORES

Jorge Ossandón Rosales  
y Antonio Pulgar Martínez

### SITIO WEB

[revistaderechoambiental.uchile.cl](http://revistaderechoambiental.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[revistada@derecho.uchile.cl](mailto:revistada@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipográfica  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io)).